

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr. SB100746-O/U/eh

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. F. Bollinger, Vorsitzender, lic. iur. R. Naef und
lic. iur. S. Volken sowie der juristische Sekretär lic. iur. M. Hauser

Urteil vom 18. Juli 2011

in Sachen

A. _____,

Angeklagter und Appellant

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat,

Anklägerin und Appellatin

betreffend

mehrfaches Vergehen gegen das Ausländergesetz etc.

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 3. Abteilung, vom
13. September 2010 (DG100326)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 28. Juni 2010 (Urk. 22) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil und Beschluss der Vorinstanz:
(Urk. 53)

"Das Gericht erkennt:

1. Der Angeklagte A._____ ist schuldig
 - des mehrfachen Vergehens gegen das Ausländergesetz im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a, b und c AuG sowie Art. 118 Abs. 1 AuG
 - der mehrfachen Fälschung von Ausweisen im Sinne von Art. 252 Abs. 1 und 3 StGB.
2. Der Angeklagte wird bestraft mit 12 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 71 Tage durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
4. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
 - Fr. 4'000.00 ; die weiteren Auslagen betragen:
 - Fr. 810.00 Kosten der Kantonspolizei
 - Fr. Kanzleikosten Untersuchung
 - Fr. Auslagen Untersuchung
 - Fr. amtliche Verteidigung Untersuchung
 - Fr. amtliche Verteidigung (ausstehend)

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

5. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Angeklagten auferlegt; diejenigen der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen.
6. (Mitteilung)
7. (Rechtsmittelbelehrung)

Sodann beschliesst das Gericht:

1. Der mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 21. Juni 2010 beschlagnahmte und bei den Akten liegende b._____ische Reisepass Nr. ... lautend auf den Angeklagten (act. 15/1) sowie die ebenfalls bei den Akten liegende b._____ische Identitätskarte Nr. ... lautend auf den Angeklagten (act. 15/2) werden eingezogen und dem Urkundenlabor der Kantonspolizei Zürich zur gutscheinenden Verwendung überlassen.
2. Der mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 21. Juni 2010 beschlagnahmte Ausländerausweis B Nr. ... lautend auf den Angeklagten (act. 39) wird eingezogen und dem Migrationsamt des Kantons Zürich zur gutscheinenden Verwendung überlassen.
3. (Mitteilung)
4. (Rechtsmittelbelehrung)"

Berufungsanträge:

a) des Verteidigers des Angeklagten:

(schriftlich, Urk. 46 S. 1)

1. Die Ziffer 2 des Urteils vom 13. September 2010 sei aufzuheben.
2. Der Angeklagte sei mit einer Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu Fr. 20.– (entsprechend Fr. 2'400.–) zu bestrafen, unter Anrechnung der bereits entstandenen Haft.

b) der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat:

(schriftlich, Urk. 62 S. 1 f.)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Das Gericht erwägt:

I. Prozessuales

1. Anwendbares Prozessrecht

Auf den 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Strafprozessordnung in Kraft getreten. Ist ein Entscheid vor Inkrafttreten dieses Gesetzes gefällt worden, so werden Rechtsmittel dagegen nach bisherigem Recht und von den bisher zuständigen Behörden beurteilt (Art. 453 Abs. 1 StPO). Das angefochtene Urteil datiert vom 13. September 2010 und damit vor dem 1. Januar 2011. Das vorliegende Berufungsverfahren ist daher nach dem bisherigen Zürcher Prozessrecht (StPO/ZH und GVG/ZH) zu beurteilen.

2. Prozessgeschichte

2.1. Mit vorstehend wiedergegebenem Urteil vom 13. September 2010 wurde der Angeklagte des mehrfachen Vergehens gegen das Ausländergesetz im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a, b und c AuG sowie Art. 118 Abs. 1 AuG sowie der mehrfachen Fälschung von Ausweisen im Sinne von Art. 252 Abs. 1 und 3 StGB schuldig gesprochen und mit einer Freiheitsstrafe von 12 Monaten bestraft, wovon 71 Tage durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft erstanden sind. Der Vollzug der Strafe wurde aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens wurden dem Angeklagten auferlegt, diejenigen der amtlichen Verteidigung wurden auf die Staatskasse genommen (Urk. 53 S. 9 f.).

2.2. Mit Beschluss vom gleichen Tag wurden der von der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat beschlagnahmte b._____ische Reisepass sowie die b._____ische Identitätskarte, beide lautend auf den Angeklagten, eingezogen und dem Urkundenlabor der Kantonspolizei Zürich zur gutscheinenden Verwendung überlassen. Zugleich wurde der von der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat beschlagnahmte und auf den Angeklagten lautende Ausländerausweis eingezogen und dem Migrationsamt des Kantons Zürich zur gutscheinenden Verwendung überlassen (Urk. 53 S. 11 f.).

2.3. Gegen diesen Entscheid liess der Angeklagte durch seinen amtlichen Verteidiger mit Eingabe vom 4. Oktober 2010 fristgerecht Berufung erheben (§ 414 Abs. 1 StPO; Urk. 42). Die Beanstandungen der Verteidigung gingen mit Eingabe vom 25. November 2010 ebenfalls innert gesetzlicher Frist ein (§ 414 Abs. 4 StPO; Urk. 46).

2.4. Die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat verzichtete auf eine Anschlussberufung und beantragte mit Eingabe vom 6. Dezember 2010 die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils. Zudem verzichtete sie darauf, Beweisanträge zu stellen (Urk. 50). In der Folge wurden mit Verfügung vom 13. Dezember 2010 die Akten dem Obergericht zur Behandlung der Berufung zugestellt (Urk. 52).

2.5. Nachdem sich die Parteien mit der schriftlichen Durchführung des Berufungsverfahrens einverstanden erklärt und sie auf Verhandlung, öffentliche Urteilsberatung und mündliche Urteilseröffnung verzichtet hatten (Urk. 57 bis 59), wurde mit Beschluss vom 14. Januar 2011 und in Anwendung von § 420 und § 421 Ziff. 3 StPO das schriftliche Berufungsverfahren beschlossen. Da die Verteidigung bereits erklärte, dass sie keine schriftliche Berufungsbegründung einreichen werde und sie diesbezüglich auf ihre bereits im Recht liegenden Plädoyernotizen sowie auf ihre Beanstandungen verwies (Urk. 57, Urk. 38 und 46), wurde mit vorgenanntem Beschluss zudem der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat Frist angesetzt, die Berufung schriftlich zu beantworten (Urk. 60).

2.6. Mit Eingabe vom 2. Februar 2011 ging die Berufungsantwort der Anklagebehörde ein, in welcher sie im Wesentlichen wiederum die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils beantragte (Urk. 62). Die Berufungsantwort wurde in der Folge der Verteidigung zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 63).

3. Umfang der Berufung

Die Berufung des Angeklagten richtet sich ausschliesslich gegen die Strafart und das Strafmass des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 46). Demnach sind im vorliegenden Berufungsverfahren nicht angefochten

- der vorinstanzliche Schuldpunkt (Urteilsdispositiv-Ziffer 1);
- die vorinstanzliche Kostenregelung (Urteilsdispositiv-Ziffer 4 und 5);
- die vorinstanzliche Regelung betreffend die Einziehung der beschlagnahmten Gegenstände (Beschlussdispositiv-Ziffer 1 und 2).

Vom Eintritt der Rechtskraft dieser Anordnungen ist vorab Vormerk zu nehmen (§ 413 StPO).

II. Sanktion

1. Vorbemerkung

Der Angeklagte hat anerkanntermassen mehrfach gegen das Ausländergesetz (AuG) verstossen, in dem er (Urk. 22 S. 2; Urk. 53 S. 4)

- mehrfach Einreisevorschriften nach Art. 5 AuG (Einreise ohne Visum) verletzte,
- sich mehrfach rechtswidrig in der Schweiz aufhielt,
- mehrfach die mit dem Vollzug des Ausländergesetzes betrauten Behörden durch falsche Angaben täuschte und dadurch die Erteilung einer Bewilligung für sich erschlich,
- sowie eine nicht bewilligte Erwerbstätigkeit ausübte.

Zudem hat der Angeklagte anerkannt, dass er mehrfach in der Absicht, sich das Fortkommen zu erleichtern, gefälschte Ausweisschriften zur Täuschung benutzte (Urk. 22 S. 2; Urk. 53 S. 4).

Die Vorinstanz hat den Angeklagten mit einer Freiheitsstrafe von 12 Monaten bestraft (Urk. 53 S. 9). Die Verteidigung beantragte vor Vorinstanz eine Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu Fr. 20.– (Urk. 38 S. 2). Demgegenüber beantragte die Anklagebehörde eine Freiheitsstrafe von 12 Monaten (Urk. 22 S. 5).

2. Einwände und Antrag der Verteidigung

Die Verteidigung beanstandet im Berufungsverfahren die vorinstanzliche Strafzumessung im Wesentlichen dahingehend, dass bei der Strafzumessung das Motiv und die Beweggründe des Angeklagten zu berücksichtigen seien. So müsse die Tatsache, dass der Angeklagte straffällig geworden sei, weil er in der Schweiz habe Geld verdienen wollen, strafmindernd berücksichtigt werden. Dies habe die Vorinstanz unterlassen. Es sei zwar richtig, dass der Angeklagte aus finanziellen Gründen gehandelt habe. Er habe aber nicht sich selber bereichern oder einen

luxuriösen Lebensstil führen, sondern seiner Familie in P._____ ein menschenwürdiges Dasein ermöglichen wollen. Entsprechend sei in subjektiver Hinsicht von einem leichten Verschulden auszugehen (Urk. 46 S. 1 f.).

Zudem sei das vollumfängliche Geständnis des Angeklagten strafmindernd berücksichtigt worden. Bei einem vollumfänglichen Geständnis werde die Strafe in der Regel um einen Drittel reduziert. Es könne aber nicht sein, dass dem Angeklagten demnach für seine Tatbegehung eine Freiheitsstrafe von 18 Monaten zugemessen worden sei. Diese Strafzumessung sei viel zu hoch und hinsichtlich der Tatkomponenten nicht mehr adäquat (Urk. 46 S. 2).

Wie bereits vor Vorinstanz beantragt die Verteidigung auch im Berufungsverfahren, der Angeklagte sei mit einer Freiheitsstrafe von 120 Tagessätzen zu Fr. 20.– zu bestrafen (Urk. 46 S. 1).

3. Strafraumen

Die Vorinstanz hat den anwendbaren Strafraumen korrekt abgesteckt (Urk. 53 S. 4). Unter Berücksichtigung der Tatmehrheit und der mehrfachen Tatbegehung ist bei der Strafzumessung von der schwersten Tat auszugehen und die Dauer der für sie auszufällenden Strafe angemessen, allerdings um nicht mehr als die Hälfte, zu erhöhen. Dabei ist das Gericht an das Höchstmass der Strafart gebunden (Art. 49 Abs. 1 StGB).

Ausgehend von der schwersten Tat (Täuschung der mit dem Vollzug des Ausländergesetzes betrauten Behörden gemäss Art. 118 Abs. 1 AuG sowie Fälschung von Ausweisen gemäss Art. 252 Abs. 1 und 3 StGB) bemisst sich vorliegend der ordentliche Strafraumen auf eine Geldstrafe von 1 bis 360 Tagessätzen in der Höhe von bis zu Fr. 3'000.– oder eine Freiheitsstrafe zwischen 6 Monaten und 3 Jahren (Art. 118 Abs. 1 AuG sowie Art. 252 Abs. 1 und 3 StGB, Art. 34 und 40 StGB). Aufgrund der Tatmehrheit und mehrfachen Tatbegehung öffnet sich der ordentliche Strafraumen theoretisch nach oben bis zu einer Freiheitsstrafe von 4 ½ Jahren (Art. 49 Abs. 1 StGB). Strafmilderungsgründe sind keine gegeben (Art. 48 StGB).

Nach der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist aber ein Unter- bzw. Überschreiten des ordentlichen Rahmens nur angebracht, wenn aussergewöhnliche Umstände vorliegen und die für die betreffende Tat angeordnete Strafe im konkreten Fall zu hart bzw. zu milde erscheint (BGE 136 IV 55 E. 5.8). Wie die Vorinstanz zutreffend festhielt, liegen keine Gründe vor, die ein Verlassen des ordentlichen Strafrahmens rechtfertigen. Die Deliktsmehrheit und die mehrfache Tatbegehung sind vorliegend somit innerhalb des erwähnten ordentlichen Strafrahmens strafe erhöhend zu berücksichtigen.

4. Allgemeine Strafzumessungskriterien

Zu den theoretischen Grundsätzen der Strafzumessung führte die Vorinstanz zutreffend aus, dass innerhalb des massgebenden Strafrahmens die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu bemessen ist, wobei das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung des Verfahrens auf das Leben des Täters zu berücksichtigen sind. Das Verschulden wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden (Art. 47 StGB; Urk. 53 S. 4 f.). Der Begriff des Verschuldens muss sich auf den gesamten Unrechts- und Schuldgehalt der konkreten Straftat beziehen. Zu unterscheiden ist dabei zwischen Tat- und Täterkomponente (Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, Kommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, Zürich 2010, N 6 zu Art. 47 StGB; Urk. 53 S. 5).

5. Tatkomponente

5.1. Allgemeines

Bei der Tatkomponente sind das Ausmass des verschuldeten Erfolges, die Art und Weise der Herbeiführung dieses Erfolges, die Willensrichtung, mit der der Täter gehandelt hat, und die Beweggründe des Schuldigen zu beachten (Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, a.a.O., N 7 zu Art. 47 StGB).

In einem ersten Schritt ist die objektive Tatschwere als Ausgangskriterium festzulegen und zu bemessen. Es gilt zu prüfen, wie stark das strafrechtlich geschützte Rechtsgut überhaupt beeinträchtigt worden ist. Darunter fallen etwa das Ausmass des Erfolges sowie die Art und Weise des Vorgehens. In einem zweiten Schritt ist eine Bewertung des subjektiven Verschuldens vorzunehmen. Es stellt sich somit die Frage, wie dem Täter die objektive Tatschwere tatsächlich anzurechnen ist.

Die Vorinstanz hat - entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung - bei der Würdigung der objektiven und subjektiven Tatkomponenten sämtliche Straftaten gemeinsam gewürdigt. Sind aber - wie vorliegend - mehrere Delikte zu beurteilen, ist vorab eine Einsatzstrafe für das schwerste Delikt festzulegen. Danach ist in Teilschritten eine Erhöhung dieser Strafe vorzunehmen (Entscheid des Bundesgerichtes 6B_579/2008 vom 27. Dezember 2008, E. 4.4.).

5.2. Mehrfache Täuschung der mit dem Vollzug des Ausländergesetzes betrauten Behörden sowie mehrfache Fälschung von Ausweisen (Anklageziffer 4 und 5)

5.2.1. Die Vorinstanz hat zur objektiven Tatkomponente - unter Würdigung sämtlicher Delikte - erwogen, es falle ins Gewicht, dass der Angeklagte innert eines Zeitraums von fast einem Jahr mehrmals illegal in der Schweiz eingereist sei, sich hier rechtswidrig aufgehalten sowie eine nicht bewilligte Erwerbstätigkeit ausgeübt habe. Um eine Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz zu erhalten und hier unter falscher Identität eine Arbeitsstelle zu finden, habe er den Schweizer Behörden immerhin vier Mal einen falschen Ausweis vorgelegt. Dieses länger dauernde Delinquieren habe erst durch die Verhaftung ein Ende gefunden. Insgesamt sei von einem nicht mehr leichten objektiven Tatverschulden auszugehen (Urk. 53 S. 5).

Die Ausführungen der Vorinstanz sind insgesamt zutreffend und zu übernehmen. Um in der Schweiz wohnen und arbeiten zu können, erklärte der Angeklagte am 9. November 2009 gegenüber der Einwohnerkontrolle in C._____ und am 25. Februar 2010 gegenüber der Einwohnerkontrolle in D._____, er sei b._____ischer Staatsangehöriger. Zur Untermauerung dieser falschen Angaben legte er in

beiden Fällen - mithin nicht vier Mal, wie von der Vorinstanz dargelegt - den in H._____ erworbenen gefälschten b._____ischen Reisepass den Beamten der Einwohnerkontrollen vor. Durch diese Handlungen wurde dem Angeklagten zwei Mal eine Aufenthaltsbewilligung B EG/EFTA, gültig jeweils bis am 28. November 2018, ausgestellt (vgl. Urk. 22 S. 3 f.). Insgesamt wiegt das objektive Tatverschulden nicht mehr leicht.

5.2.2. Zur subjektiven Tatschwere führte die Vorinstanz - wiederum unter Würdigung sämtlicher Delikte - aus, dem Angeklagten sei zugute zu halten, dass er in der Schweiz eine an sich legale Erwerbstätigkeit ausgeübt habe. Erschwerend wiege das planmässige, methodische und direktvorsätzliche Vorgehen. Er habe sodann aus rein finanziellen Gründen gehandelt. Insgesamt sei auch in subjektiver Hinsicht von einem nicht mehr leichten Verschulden auszugehen (Urk. 53 S. 5 f.).

Die Erwägungen der Vorinstanz sind zutreffend und zu übernehmen. Der Angeklagte ist in der Tat direktvorsätzlich und planmässig vorgegangen und hat aus rein finanziellen Gründen gehandelt. Die Verteidigung führt diesbezüglich aus, der Angeklagte habe nicht sich selber bereichern oder einen luxuriösen Lebensstil führen, sondern seine Familie in P._____ ein menschenwürdiges Dasein ermöglichen wollen (Urk. 46 S. 2). Im Berufungsverfahren ist die Verteidigung aber nicht näher auf die finanziellen Verhältnisse des Angeklagten und seiner Familie eingegangen. Sie verwies lediglich auf ihre Plädoyernotizen im vorinstanzlichen Verfahren (Urk. 46 S. 1). Im Hauptverfahren führte die Verteidigung aus, dass der Angeklagte in P._____ bei seinen Eltern wohne, eine Ehefrau habe und Vater eines Kleinkindes sei. In P._____ habe er als Kellner gearbeitet und bloss 150.- Euro pro Monat verdient. Sein Vater sei arbeitslos und seine Mutter Hausfrau. Da er über keine Ausbildung verfüge und aufgrund der schlechten wirtschaftlichen Lage habe der Angeklagte schlechte Chancen, in P._____ eine Stelle mit genügendem Verdienst zu finden, um sein Kind, seine Frau und seine Eltern zu ernähren (Urk. 38 S. 3 f.). Diese Argumentation der Verteidigung geht an der Sache vorbei. Der pauschale Verweis auf die mangelnde Ausbildung des Angeklagten und die schlechte Wirtschaftslage in

seinem Heimatland vermag für sich alleine noch keine - von der Verteidigung behauptete (Urk. 38 S. 4) - Hoffnungs- oder Aussichtslosigkeit des Angeklagten zu begründen, die strafmindernd zu berücksichtigen wäre. In Bezug auf die Wirtschaftslage ist zumal zu bemerken, dass der Angeklagte das Schicksal und den Lebenshintergrund einer Vielzahl, wenn nicht der Mehrheit seiner Landsleute teilt. Er weist somit keine spezielle Situation auf. Zudem ist nicht ersichtlich, inwiefern der Angeklagte verpflichtet ist, nicht nur für seine Ehegattin und sein Kind, sondern auch für seine Eltern finanziell aufzukommen. Es ist zwar vorliegend durchaus davon auszugehen, dass sich der Angeklagte in einer finanziell angespannten Situation befand und er deshalb bestrebt war, sein Erwerbseinkommen zu steigern, um für seine Familienangehörigen finanziell besser aufkommen zu können. Dass der Angeklagte aber in einer finanziellen Notlage gewesen sein soll, die ihm keine andere Möglichkeit gelassen hätte, als sich auf deliktischem Weg in der Schweiz niederzulassen, um hier einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, ist in keiner Weise ersichtlich und wurde auch von der Verteidigung nicht substantiiert dargelegt. Insgesamt wiegt auch das subjektive Tatverschulden nicht mehr leicht.

5.2.3. Die Bemessung einer hypothetischen Einsatzstrafe nach der Beurteilung der Tatkomponente hat die Vorinstanz unterlassen (vgl. BGE 6B_865/2009 E. 1.6.). Nach der Würdigung der Tatkomponente der schwersten zu beurteilenden Straftat (Täuschung der mit dem Vollzug des Ausländergesetzes betrauten Behörden sowie Fälschung von Ausweisen) erscheint eine solche von 210 bis 240 Tagessätzen Geldstrafe oder 7 bis 8 Monaten Freiheitsstrafe angemessen.

5.3. Mehrfache Fälschung von Ausweisen (Anklageziffer 7 und 8)

5.3.1. Der Angeklagte wies seinen gefälschten b. _____ ischen Reisepass im Hinblick auf den Abschluss eines Mietvertrags gegenüber einem Mitarbeiter der E. _____ GmbH vor. Ein weiteres Mal legte er den gefälschten Pass einem Mitarbeiter der F. _____ GmbH vor, um dadurch eine Arbeitsanstellung zu erwirken (Urk. 22 S. 4). Diesbezüglich ist zu beachten, dass der Angeklagte einen offiziellen und dementsprechend echt erscheinenden Reisepass benutzte, um dadurch sein Fortkommen zu erleichtern. Die Überprüfung einer solchen Ausweisschrift ist

aber für Privatpersonen nicht bzw. nicht ohne Weiteres möglich. Entsprechend sind sie im Rechtsverkehr darauf angewiesen, dass sie sich auf die Echtheit solcher Ausweise verlassen dürfen. Mithin ist von einem nicht mehr leichten objektiven Tatverschulden auszugehen.

5.3.2. In subjektiver Hinsicht ist festzuhalten, dass der Angeklagte den b.____ischen Reisepass gegenüber den vorgenannten Personen benutzte, obwohl er wusste, dass dieser gefälscht war. Er wollte dadurch in der Schweiz einer Erwerbstätigkeit nachgehen, obwohl er dazu nicht berechtigt war und er sich - wie vorstehend dargelegt - nicht in einer finanziellen Notlage befand, die ihn zu einem derartigen deliktischen Verhalten zwang. Insgesamt wiegt auch das subjektive Tatverschulden nicht mehr leicht.

5.3.3. Aufgrund der Tatschwere resultiert eine merkliche Erhöhung der vorgenannten hypothetischen Einsatzstrafe.

5.4. Mehrfache Verletzung von Einreisevorschriften nach Art. 5 AuG (Anklageziffer 1 und 2), mehrfaches rechtswidriges Aufhalten in der Schweiz (Anklageziffer 3) sowie die Ausübung einer nicht bewilligten Erwerbstätigkeit (Anklageziffer 6)

5.4.1. Die rechtswidrige Einreise gemäss Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG, der rechtswidrige Aufenthalt gemäss Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG sowie die Ausübung einer nicht bewilligten Erwerbstätigkeit gemäss Art. 115 Abs. 1 lit. c AuG werden je mit einem Jahr Freiheitsstrafe oder Geldstrafe sanktioniert. Da die einzelnen deliktischen Handlungen eng miteinander zusammen hängen, ist es vorliegend angezeigt, diese Taten bei der Strafzumessung gemeinsam zu beurteilen.

5.4.2. Der Angeklagte reiste zwei Mal in die Schweiz, um hier einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, ohne jeweils über ein entsprechendes Visum zu verfügen. Abgesehen von einem kurzen Unterbruch hielt sich der Angeklagte während rund $\frac{3}{4}$ Jahren rechtswidrig in der Schweiz auf. Er wohnte entweder bei seinem Bruder in D.____ oder in seinem Mietzimmer in C.____. Schliesslich ging er, ohne über die erforderliche Arbeitsbewilligung zu Verfügung, als Reinigungs-

angestellter bei der Firma G._____ einer Erwerbstätigkeit nach (Urk. 22 S. 2 ff.). Unter Berücksichtigung, dass der Angeklagte die Tatbestände teilweise mehrfach erfüllte, er sich insgesamt während einer langen Dauer rechtswidrig in der Schweiz aufhielt und er ohne die notwendigen Ausweisschriften einer Erwerbstätigkeit nachging, ist auch hier von einem nicht mehr leichten objektiven Tatverschulden auszugehen.

5.4.3. In subjektiver Hinsicht übte der Angeklagte diese Taten aus, obwohl er sich - wie bereits dargelegt - nicht in einer finanziellen Notlage befand, die ihn zu einem derartigen deliktischen Verhalten zwang. Zudem hätte er sich weiterhin rechtswidrig in der Schweiz aufgehalten bzw. wäre hier weiterhin einer Erwerbstätigkeit nachgegangen, wäre er nicht am tt. April 2010 verhaftet worden. Insgesamt wiegt auch hier das subjektive Tatverschulden nicht mehr leicht.

5.4.4. Die Tatschwere dieser Delikte führen zu einer leichten Erhöhung der vorgenannten hypothetischen Einsatzstrafe.

5.5. Gesamtwürdigung der Tatkomponente

Für sämtliche zu beurteilenden Delikte erscheint gemäss den vorstehenden Erwägungen insgesamt eine hypothetische Einsatzstrafe im Bereich von 360 Tagessätzen Geldstrafe oder 12 Monaten Freiheitsstrafe angemessen.

6. Täterkomponente

6.1. Allgemeines

Die Täterkomponente umfasst das Vorleben, die persönlichen Verhältnisse sowie das Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren. Bei der Beurteilung des Vorlebens fallen einerseits früheres Wohlverhalten, andererseits Zahl, Schwere und Zeitpunkt von Vorstrafen ins Gewicht. Unter dem Gesichtspunkt der persönlichen Verhältnisse ist etwa zu berücksichtigen, ob der Täter Reue und Einsicht zeigte und ob eine Strafempfindlichkeit vorliegt, die bei der Strafzumessung zu berücksichtigen ist (Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, a.a.O., N 14 f. zu Art. 47 StGB).

6.2. Persönliche Verhältnisse, Vorstrafen, Strafempfindlichkeit

Die Vorinstanz hat das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Angeklagten korrekt zusammengefasst, weshalb darauf zur Vermeidung von Wiederholungen vollumfänglich verwiesen werden kann (Urk. 33 S. 5 f.; § 161 GVG)

Der Werdegang sowie die persönlichen Verhältnisse des Angeklagten wirken sich bei der Strafzumessung neutral aus. Es liegen keine Vorstrafen vor und der Angeklagte weist keine besondere Strafempfindlichkeit auf.

6.3. Nachtatverhalten

6.3.1. Wie vorstehend erwähnt, ist bei der Strafzumessung das Nachtatverhalten eines Täters zu beachten. Darunter fällt das Verhalten nach der Tat sowie im Strafverfahren. Insbesondere wirken ein Geständnis und das kooperative Verhalten eines Täters bei der Aufklärung von Straftaten sowie die Einsicht und aufrichtige Reue strafmindernd (Niggli/Wiprächtiger, Basler Kommentar StGB I, Basel 2007, N 130 f. zu Art. 47 StGB).

Der Grad der Strafminderung hängt insbesondere davon ab, in welchem Stadium des Verfahrens das Geständnis erfolgte und ob es spontan oder bloss aufgrund einer erdrückenden Beweislage abgelegt wurde (Niggli/Wiprächtiger, a.a.O., N 131 zu Art. 47 StGB). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann ein positives Nachtatverhalten zu einer Strafreduktion im Bereich von einem Fünftel bis zu einem Drittel führen (BGE 121 IV 202 E. 2d/cc). Damit aber die Strafe um ein Drittel reduziert wird, muss ein ausgesprochen positives Nachtatverhalten vorliegen. Zu einem solchen gehört ein umfassendes Geständnis von allem Anfang an und aus eigenem Antrieb, also nicht erst auf konkrete Vorwürfe hin oder nach Vorlage entsprechender Beweise. Ferner zählt kooperatives Verhalten in der Untersuchung dazu, wozu gehört, dass beispielsweise aufgrund des Verhaltens eines Angeklagten weitere Delikte aufgeklärt oder Mittäter zur Rechenschaft gezogen werden können, was ohne sein kooperatives Mitwirken nicht möglich gewesen wäre. Schliesslich gehört Einsicht ins Unrecht der Tat und Reue dazu. Nur wenn all diese Faktoren erfüllt sind, kann eine Strafreduktion von einem

Drittel erfolgen. Fehlen einzelne Elemente, ist die Strafe entsprechend weniger stark zu mildern.

6.3.2. Die Vorinstanz führte zum Nachtatverhalten lediglich aus, dass das vollumfängliche Geständnis des Angeklagten strafmindernd zu berücksichtigen sei (Urk. 53 S. 7). Es wurde aber nicht dargelegt, in welchem Umfang sich das Geständnis auf das Strafmass auswirkt.

6.3.3. Die Verteidigung geht davon aus, dass bei einem vollumfänglichen Geständnis die Strafe in der Regel um einen Drittel zu verringern sei. Daraus folgerte sie, es könne demnach nicht sein, dass dem Angeklagte für seine Tatbegehung 18 Monate Freiheitsstrafe zugemessen worden sei. Diese Strafe sei viel zu hoch und auch hinsichtlich der Tatkomponente nicht mehr adäquat (Urk. 46 S. 2).

6.3.4. Es liegt zwar vorliegend - wie die Verteidigung zutreffend festhielt - ein vollumfängliches Geständnis vor. Aufgrund des Aussageverhaltens des Angeklagten kann dabei aber nicht von einem spontanen und von Anfang an umfassenden Geständnis ausgegangen werden, das eine Reduktion der Strafe um einen Drittel rechtfertigen würde. So führte der Angeklagte zu Beginn der ersten polizeilichen Einvernahme aus, dass er p.____ischer und b.____ischer Staatsangehöriger sei. Er sei im Besitz einer schweizerischen Aufenthaltsbewilligung B und zwei Reisepässen, einem p.____ischen und einem b.____ischen (Urk. 3 S. 1). Auf die Erklärung der Polizei, dass an seinem Wohnort eine Hausdurchsuchung durchgeführt worden sei, da der Verdacht bestehe, er hätte die Aufenthaltsbewilligung B in der Schweiz erschlichen, führte der Angeklagte aus, dass er dies nicht verstehen könne. Er sei doch zur Gemeinde gegangen und habe dort seine Dokumente - einen Arbeitsvertrag und den b.____ischen Reisepass - vorgelegt. Dann habe er die Aufenthaltsbewilligung erhalten (Urk. 3 S. 3). Erst am Ende der Befragung, als ihm die Polizei erklärte, dass er der Staatsanwaltschaft zugeführt werde, gestand der Angeklagte, dass er den b.____ischen Reisepass in H.____ von einem Mann für 500.- Euro abgekauft habe (Urk. 3 S. 4). Aber auch bei dieser Aussage zeigte der Angeklagte keine besondere Einsicht oder Reue. Vielmehr versuchte er seine Tat zu rechtfertigen, indem er ausführte, dass der

Mann, von dem er den Reisepass erworben habe, ihm gesagt habe, der Pass sei echt und er könne damit problemlos in Europa herumreisen (Urk. 3 S. 4).

Auch in Bezug auf die Erwerbstätigkeit in der Schweiz kann dem Angeklagten kein Geständnis aus freien Stücken angerechnet werden. So bejahte er zwar die Frage, ob er in der Schweiz arbeite. Da er aber bei seiner Arbeitsstelle verhaftet wurde, blieb ihm diesbezüglich keine andere Wahl, als auch diesen Sachverhalt einzugestehen (vgl. Urk. 3 S. 2). Aufgrund der Beweislage - verfügte der Angeklagte bekanntlich nicht über die erforderlichen Ausweise - kann ihm auch in Bezug auf die Einreise ohne Visum und den rechtswidrigen Aufenthalt in der Schweiz kein vollumfängliches, spontanes Geständnis zugute gehalten werden. Immerhin ist bei der mehrfachen Tatbegehung zu berücksichtigen, dass der Angeklagte von sich aus erwähnte, dass er die Schweiz für eine kurze Zeit verlassen habe und sodann wieder eingereist sei (Urk. 3 S. 2).

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Angeklagte zwar in diversen Punkten geständig war. Ein vollumfängliches Geständnis aus freien Stücken kann ihm aber nicht attestiert werden, welches die Untersuchung in erheblicher Weise erleichtert hätte. Zudem kann er aufgrund seines Aussageverhaltens auch weder Einsicht noch Reue für sich reklamieren. Demnach ist das Nachtatverhalten insgesamt nur leicht strafmindernd zu berücksichtigen.

7. Gesamtwürdigung

Insgesamt wirkt sich die Täterkomponente gegenüber der Tatkomponente leicht strafmindernd aus. Demnach erweist sich die vorinstanzlich ausgefallte Strafe als zu hoch. Unter Würdigung der vorstehenden, für die Strafzumessung relevanten Faktoren erscheint eine Geldstrafe von 300 Tagesätzen oder eine Freiheitsstrafe von 10 Monaten angemessen.

8. Strafart

Die Vorinstanz hat eine Freiheitsstrafe ausgesprochen ohne Erwägungen darüber anzustellen, ob anstelle dessen und gemäss dem Antrag der Verteidigung eine Geldstrafe angezeigt sei (Urk. 46 S. 1).

Im Strafbereich von 6 bis 12 Monaten kommen nebeneinander Geldstrafe und Freiheitsstrafe in Betracht (Art. 34 Abs. 1 und Art. 40 Satz 1 StGB). Aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip folgt, dass bei alternativ zur Verfügung stehenden Sanktionen im Regelfall diejenige gewählt werden soll, die weniger stark in die persönliche Freiheit des Betroffenen eingreift bzw. die ihn am wenigsten hart trifft (Niggli/Wiprächtiger, a.a.O., N 23 f. zu Art. 47 StGB). Dabei steht die Geldstrafe gegenüber der Freiheitsstrafe als weniger eingriffsintensive Sanktion im Vordergrund. Bei der Wahl der Sanktionsart ist als wichtiges Kriterium die Zweckmässigkeit einer bestimmten Sanktion, ihre Auswirkungen auf den Täter und sein soziales Umfeld sowie ihre präventive Effizienz zu berücksichtigen (BGE 134 IV 82 E. 4.1; BGE 134 IV 97 E. 4.4.2; vgl. auch Entscheid des Bundesgerichtes 6B_721/2009 vom 18. Februar 2010 E. 4.). Die wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters sowie dessen voraussichtliche Zahlungsunfähigkeit sind zwar für sich alleine kein Kriterium für die Wahl der Strafart (Niggli/Wiprächtiger, a.a.O., N 25 zu Art. 34 StGB). Allerdings mag es Ausnahmefälle geben, in denen die Verurteilung zu einer Geldstrafe dennoch ausser Betracht fällt aus Gründen, die in der Person des Täters liegen, wie z.B. bei offensichtlich fehlender Zahlungsbereitschaft (BGE 134 IV 97 S. 108).

Zwar handelt es sich vorliegend beim Angeklagten um einen Ersttäter, weshalb eine Geldstrafe theoretisch möglich wäre. Für die Wahl der Strafart ist aber zu beachten, dass der Angeklagte mit Verfügung der Vorinstanz vom 1. Juli 2010 aus der Sicherheitshaft entlassen (Urk. 27) und am 4. Juli 2010 vom Migrationsamt des Kantons Zürich ausgeschafft wurde. Der Angeklagte ist aufgrund seiner angespannten finanziellen Lage illegal in die Schweiz eingereist, um hier einer Erwerbstätigkeit nachgehen und dadurch seine Familie unterstützen zu können. Unter Berücksichtigung der bereits vollzogenen Ausweisung und der geringen Erwerbsmöglichkeiten in seinem Heimatland ist davon auszugehen, dass es dem Angeklagten nicht möglich ist, soviel zu verdienen, um neben dem Familienunterhalt eine Geldstrafe von 300 Tagessätze zu - wie von der Verteidigung beantragt und vorliegend angemessen - Fr. 20.- (insgesamt Fr. 6'000.-) bezahlen zu können. Es ist daher mit der Vorinstanz statt einer Geldstrafe eine Freiheitsstrafe auszusprechen.

9. Anrechnung der Untersuchungshaft

Der Anrechnung der erstandenen Untersuchungs- und Sicherheitshaft von 71 Tage steht nichts entgegen (Art. 51 StGB).

10. Vollzug

Die Vorinstanz hat dem Angeklagten den bedingten Strafvollzug gewährt unter Ansetzung der minimalen gesetzlichen Probezeit von 2 Jahren (Urk. 53 S. 9). Da einzig der Angeklagte appelliert, ist darauf im Berufungsverfahren nicht zu seinen Ungunsten zurückzukommen (§ 399 StPO, Verbot der reformatio in peius; Schmid, Strafprozessrecht, Zürich 2004, N 984 ff.).

11. Zusammenfassung

Gemäss den vorstehenden Erwägungen ist der Angeklagte mit einer Freiheitsstrafe von 10 Monaten zu bestrafen, wovon 71 Tage durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft erstanden sind. Der Vollzug der Strafe ist aufzuschieben und die Probezeit auf 2 Jahre festzusetzen.

III. Kosten

1. Der Angeklagte unterliegt im Berufungsverfahren mit seinem Antrag auf Änderung der Sanktionsart vollumfänglich und mit dem Antrag auf Strafreduktion weitgehend. Demnach sind ausgangsgemäss die Kosten des Berufungsverfahrens, exklusive derjenigen der amtlichen Verteidigung, zu 5/6 dem Angeklagten aufzuerlegen. Der verbleibende 1/6 der Gerichtskosten sowie die Kosten der amtlichen Verteidigung sind auf die Gerichtskasse zu nehmen (§§ 188 f., § 190a und § 396a StPO/ZH).

2. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 2'500.– festzusetzen.

Das Gericht beschliesst:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 13. September 2010 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

"1. Der Angeklagte A._____ ist schuldig

- des mehrfachen Vergehens gegen das Ausländergesetz im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a, b und c AuG sowie Art. 118 Abs. 1 AuG
- der mehrfachen Fälschung von Ausweisen im Sinne von Art. 252 Abs. 1 und 3 StGB.

2. ...

3. ...

4. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

4'000.00	; die weiteren Auslagen betragen:
810.00	Kosten der Kantonspolizei
	Kanzleikosten Untersuchung
	Auslagen Untersuchung
	amtliche Verteidigung Untersuchung
	amtliche Verteidigung (ausstehend)

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

5. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Angeklagten auferlegt; diejenigen der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen."

2. Es wird festgestellt, dass der Beschluss zum Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 13. September 2010 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

"1. Der mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 21. Juni 2010 beschlagnahmte und bei den Akten liegende b._____ische Reisepass Nr. ... lautend auf den Angeklagten (act. 15/1) sowie die ebenfalls bei den Akten liegende b._____ische Identitätskarte Nr. ... lautend auf den Angeklagten (act. 15/2) werden

eingezogen und dem Urkundenlabor der Kantonspolizei Zürich zur gutscheinenden Verwendung überlassen.

2. Der mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 21. Juni 2010 beschlagnahmte Ausländerausweis B Nr. ... lautend auf den Angeklagten (act. 39) wird eingezogen und dem Migrationsamt des Kantons Zürich zur gutscheinenden Verwendung überlassen."
3. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Das Gericht erkennt:

1. Der Angeklagte wird bestraft mit 10 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 71 Tage durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft erstanden sind.
2. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 2'500.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. amtliche Verteidigung
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens, exklusive derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Angeklagten zu 5/6 auferlegt und zu 1/6 auf die Gerichtskasse genommen.

Die Kosten der amtlichen Verteidigung im Berufungsverfahren werden auf die Gerichtskasse genommen.

5. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat
 - das Bundesamt für Migration

sowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A

6. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

I. Strafkammer

Der Vorsitzende:

Der juristische Sekretär:

Oberrichter Dr. F. Bollinger

lic. iur. M. Hauser